

Förvaltningsrätten i Linköping
forvaltningsrattenilinkoping@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, Ringvägen 100, 118 60 Stockholm

Motpart

Söderköpings kommun, 614 80 Söderköping

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, i lydelsen innan den 1 januari 2024 (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Söderköpings kommun ska betala 250 000 (tvåhundrafemtio tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Söderköpings kommun har den 13 juli 2023 ingått avtal om fyrfackskärl för avfallsinsamling (Avtalet) med PWS Nordic AB (Leverantören) utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU. Det saknades förutsättningar för att ingå Avtalet utan sådan annonsering. Kommunen har därmed gjort en otillåten direktupphandling av Avtalet.

Bakgrund och omständigheter

2. Under 2017–2018 upphandlade kommunen fyrfackskärl för avfallsinsamling från Leverantören. Det avtalet upphörde att gälla i februari 2021.
3. Den 5 juli 2023 publicerades ett meddelande om frivillig förhandsinsyn i TED där det framgick att kommunen avsåg att direktupphandla fyrfackskärl från Leverantören (Bilaga 1).
4. Den 12 juli 2023 beställde kommunen kärl från Leverantören (Bilaga 2).
5. Den 13 juli 2023 ingick kommunen och Leverantören Avtalet när Leverantören accepterade kommunens beställning (Bilaga 3).
6. Ingen har ansökt om överprövning av Avtalets giltighet.
7. Kommunen har anfört att Avtalet fick direktupphandlas med hänvisning till undantagen för tekniska skäl, ensamrätt och kompletterande leveranser. Konkurrensverket anser inte att något undantag fick användas. Utredningen visar att andra leverantörer hade kunnat tillhandahålla fyrfackskärl eller andra tekniska lösningar samt att Avtalet avsåg en nyanskaffning som inte kompletterade någon befintlig leverans. Kommunen har därmed gjort en otillåten direktupphandling och ska betala en upphandlingsskadeavgift.
8. Upphandlingen av Avtalet påbörjades innan den 1 januari 2024. I enlighet med punkt 2 i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen (2023:815) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ansöker Konkurrensverket därför om upphandlingsskadeavgift i det här fallet.¹

Kommunens inställning under utredningen

9. Kommunen har huvudsakligen anfört följande under utredningen.
10. Kommunen ansvarar för insamling av förpackningsavfall sedan den 1 januari 2024.² Kommunen ska senast den 1 januari 2027 tillhandahålla en fastighetsnära insamling av förpackningsavfall för alla hushåll.³

¹ Se 21 kap. 2 § LOU och prop. 2023/24:3 s. 66–67.

² Se avfallsförordningen (2020:614).

³ Se förordningen (2022:1274) om producentansvar för förpackningar.



11. Kommunen har redan, som många andra kommuner, frivilligt infört en fastighetsnära insamling av förpackningsavfall i delar av kommunen.
12. Under 2023, och fortfarande under 2024, fanns en stor efterfrågan på fyrfackskärl från ett stort antal kommuner på grund av det då kommande kravet på ansvar för insamling av förpackningsavfall och det kommande kravet på fastighetsnära insamling. Kommunen direktupphandlade Avtalet för att inte riskera att stå utan kärl på grund av den stora efterfrågan. Kommunen behövde också komplettera Leverantörens tidigare leverans.
13. Kommunen hade rätt att använda undantagen för tekniska skäl, ensamrätt och kompletterande leveranser för att direktupphandla Avtalet.
14. Det har redan från början stått klart för kommunen att ett offentliggörande inte kommer att leda till ökad konkurrens eller bättre upphandlingsresultat. Kommunens marknadsanalys visade att det helt saknades konkurrens om Avtalet på den inre marknaden och att det saknades rimliga alternativ. Vid tidpunkten för upphandlingen kunde bara Leverantören leverera det som kommunen hade kravställt och efterfrågat. Det fanns ingen annan leverantör som hade verktygen som krävs för att producera och leverera fyrfackskärl.
15. Marknadsanalysen inför direktupphandlingen dokumenterades inte i sin helhet, men den grundade sig på följande utredning och överväganden:
 - a. Erfarenhet från kommunens upphandling 2017–2018. Leverantören var då den enda som lämnade anbud på leverans av avfallskärl.
 - b. Kontroll av alla genomförda upphandlingar av avfallskärl de senaste tre åren, inklusive alla annonserade upphandlingar i TED. Sökningarna är inte sparade men enligt uppgift användes sökorden soptunnor, avfallstunnor, flerfackskärl och fyrfackskärl. Under 2023 har Leverantören vunnit alla upphandlingar av fyrfackskärl.
 - c. Fastighetsnära insamling av förpackningsavfall i större skala görs bara i Sverige och Åland. Åland har infört fyrfacksinsamling. Det är bara Leverantören som deltar i de där annonserade upphandlingarna. Det finns också mindre pilotprojekt med fyrfacksinsamling i Danmark och möjligen andra länder. I Danmark har bolaget PWS Danmark A/S, som ingår i samma koncern som Leverantören, deltagit som leverantör.
 - d. Kommunens tjänstepersoner bevakar kontinuerligt marknaden, deltar på mässor och får löpande information från olika källor om tekniska lösningar för avfallsinsamling, avfallsinsamlingssystem m.m.
 - e. Kommunen hade tagit del av andra kommuners utredningsunderlag inför deras beslut att införa flerfacksinsamling.



16. Det finns inget patent på fyrfackskärl, men delar av Leverantörens kärl är patenterade och mönsterskyddade. Patentet ägs av Leverantörens moderbolag, som inte är en leverantör av fyrfackskärl. Patentet har hindrat andra leverantörer att använda de tekniska lösningarna och har omöjliggjort eller avsevärt försvårat framtagande av alternativa lösningar som löser det tekniska problem som patentet skyddar. Leverantören har haft en faktisk ensamrätt inom koncernen att nyttja immaterialrätterna och är ensam att sälja och tillhandahålla fyrfackskärlen. Patentet upphörde i april 2024.
17. Det finns möjlighet för andra aktörer att ta fram ett eget fyrfackskärl eller egen teknisk lösning. Kommunen kontaktade en konkurrent till Leverantören i februari 2024 (Bilaga 4). Konkurrenten angav att den inte har fyrfackskärl eller någon liknande lösning i sitt sortiment och att ingen annan tillverkare producerar eller säljer fyrfackskärl i nuläget. Enligt konkurrenten är ledtiden för att ta fram en liknande produkt 12–18 månader. Kommunen anser att ytterligare 6–12 månader bör läggas till för en leveransklar produkt.
18. Ett alternativ till fyrfackskärl hade varit att använda tvåfackskärl eller flera avfallskärl utan insatser. Det hade varit en helt annan vara eller teknisk lösning än vad kommunen har efterfrågat. Det hade varken varit driftmässigt, ekonomisk eller miljömässigt rimligt att införa ett alternativt insamlingssystem i kommunen. Ett byte av leverantör skulle medföra oproportionerliga tekniska svårigheter. Kommunen hade behövt införa olika insamlingssystem och ta fram nytt informationsmaterial. Abonnenter som får ett annat system skulle behöva mer utrymme för kärnen, vilket står i strid med den kommunala likabehandlingsprincipen. Kommunens entreprenör hade behövt anskaffa fler avfallshämtningsfordon och göra fler hämtningar, vilket hade ökat kostnaderna och vägslitaget.
19. Avtalet avser ett kompletteringsköp som kommunen har gjort för att inte riskera att stå utan kärl i den ändrade efterfrågesituationen. Undantaget för kompletterande leveranser är inte beroende av att det tidigare avtalet med Leverantören fortfarande gäller.
20. Avtalet avser [REDACTED] fyrfackskärl. I april 2024 hade cirka 278 kärl tagits i bruk.
21. Kommunen invänder inte mot att upphandlingens värde är 3,5 miljoner kronor vid bedömningen av om upphandlingen överstiger tröskelvärdet. Kommunen anser däremot att kontraktsvärdet, som är cirka [REDACTED] kronor, ska ligga till grund för beräkningen av upphandlingsskadeavgiften.
22. Det finns inte skäl att ansöka om upphandlingsskadeavgift. Om en ansökan ändå görs ska avgiften bestämmas till högst 100 000 kronor.⁴

⁴ Kommunen har åberopat flera förmildrande omständigheter som redovisas i punkt 69 nedan.



Kommunen har gjort en otillåten direktupphandling av Avtalet

Upphandlingens värde

23. Upphandlingen avser ett varukontrakt (1 kap. 24 § LOU).
24. En upphandlings värde är det totala belopp som enligt den upphandlande myndighetens uppskattning ska betalas enligt de varukontrakt som ingår i upphandlingen, inklusive options- och förlängningsklausuler (5 kap. 3 § LOU).
25. Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse tidpunkten när anbudsfordran skickas ut eller, om sådan inte krävs, tidpunkten när den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingen (5 kap. 5 § LOU).
26. Värdetidpunkten ska avse en tidpunkt innan avtal ingås eftersom värdet styr vilka regler som gäller för upphandlingen. Om en anbudsfordran inte har skickats ut, trots att det egentligen krävs, får uppskattningen avse tidpunkten för upphandlingens påbörjande.
27. I meddelandet om frivillig förhandsinsyn (Bilaga 1) angav kommunen att upphandlingens värde var 3 500 000 kronor exklusive mervärdesskatt.
28. Kommunen har dock noterat att Avtalets kontraktsvärde, på grund av förhandlingar efter annonseringen av den frivilliga förhandsinsynen, var [REDACTED] kronor exklusive mervärdesskatt när Avtalet ingicks.⁵
29. Kommunen har inte skickat ut någon anbudsfordran avseende Avtalet. Tidpunkten för uppskattningen av värdet på upphandlingen av Avtalet ska därför avse tidpunkten när upphandlingen påbörjades. Den tidpunkten inföll senast när kommunen annonserade meddelandet om frivillig förhandsinsyn.
30. Upphandlingens värde ska därför uppskattas till värdet som angavs i meddelandet om frivillig förhandsinsyn, det vill säga 3 500 000 kronor. Under utredningen har kommunen angett att den inte invänder mot detta.
31. Upphandlingens värde var därmed 3 500 000 kronor.

⁵ Under utredningen har kommunen gett in en sammanställning av fakturor och Leverantörens ordererkännande (Bilaga 3) som visar detta belopp.



Inget undantag från annonseringskravet var tillämpligt

Åberopade undantag

32. Upphandlingens värde översteg tröskelvärdet (5 kap. 1 § LOU).⁶ Upphandlingen skulle därför ha annonserats om inte något undantag från annonseringskravet var tillämpligt (10 kap. 1 § LOU).
33. Kommunen har under utredningen och i meddelandet om förhandsinsyn anfört att undantaget för tekniska skäl fick användas för att direktupphandla Avtalet. Under utredningen har kommunen också anfört att undantagen för ensamrätt och kompletterande leveranser var tillämpliga.
34. Konkurrensverket anser inte att kommunen har visat att något undantag fick användas för att direktupphandla Avtalet. Detta utvecklas i följande avsnitt.

Undantaget för tekniska skäl

35. En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens (6 kap. 14 § första stycket 2 LOU).
36. En direktupphandling av tekniska skäl förutsätter att det inte finns något rimligt alternativ och att avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen (6 kap. 14 § andra stycket LOU).
37. Undantaget ska tolkas restriktivt.⁷ Det är bara avsett att användas under mycket exceptionella omständigheter där det redan från början står klart att en annonserad upphandling inte skulle leda till ökad konkurrens eller ett bättre upphandlingsresultat.⁸
38. Kommunen har bevisbördan för att undantaget fick användas.⁹ Kommunen måste inte bara visa att det fanns tekniska skäl, utan också att de tekniska skälen gjorde det absolut nödvändigt att Avtalet tilldelades Leverantören.¹⁰

⁶ Tröskelvärdet för varukontrakt var 2 236 731 kronor när Avtalet upphandlades, se tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

⁷ Se EU-domstolens domar den 10 mars 1987, kommissionen mot Italien, mål 199/85, EU:C:1987:115, p. 14; den 10 april 2003, kommissionen mot Tyskland, förenade målen C-20/01 och C-28/01, EU:C:2003:220, p. 58; den 14 september 2004, kommissionen mot Italien, C-385/02, EU:C:2004:522, p. 19; den 2 juni 2005, kommissionen mot Grekland, C-394/02, EU:C:2005:336, p. 33 samt den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, p. 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291 samt RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79, RÅ 2009 not 134 och HFD 2019 ref. 65.

⁸ Se skäl 50, första stycket, till LOU-direktivet (2014/24/EU).

⁹ Se EU-domstolens domar den 10 mars 1987, kommissionen mot Italien, mål 199/85, EU:C:1987:115, p. 14, och den 18 maj 1995, kommissionen mot Italien, C-57/94, EU:C:1995:150, p. 23. Se även HFD 2017 ref. 66.

¹⁰ Se EU-domstolens dom den 18 maj 1995, kommissionen mot Italien, C-57/94, EU:C:1995:150, p. 24.



39. Marknaden inom EU ska beaktas vid bedömningen av om undantaget kan användas.¹¹ Undantaget kan inte användas om flera leverantörer inom EU kan tillhandahålla upphandlingsföremålet eller rimliga alternativ med en jämförbar funktion som upphandlingsföremålet.¹²
40. Kommunen har påstått att det bara var Leverantören som kunde leverera den tekniska lösningen med fyrfackskärl och att ingen annan leverantör hade verktygen som krävs för att producera och leverera fyrfackskärl.
41. Utredningen och kommunens marknadsanalys ger inte stöd för kommunens påståenden. Enligt kommunen har en annan leverantör levererat fyrfackskärl i Danmark. Kommunen har också angett att andra aktörer hade möjlighet att ta fram fyrfackskärl eller andra tekniska lösningar. Detta har bekräftats av en konkurrent till Leverantören (Bilaga 4). Kommunen har inte kontaktat fler leverantörer om deras möjliga lösningar.¹³ Det kan därför ha funnits flera leverantörer som hade kunnat erbjuda fyrfackskärl eller andra lösningar.
42. Avtalet ingicks i juli 2023 och leverans skulle ske i september–oktober 2023. Leveranstiden är inte i sig hänförlig till upphandlingsföremålets tekniska karaktär. Kommunen har inte heller visat att det fanns något tekniskt skäl som gjorde det nödvändigt med en kortare leveranstid. Den omständigheten att bara cirka 278 av de [REDACTED] avfallskärl som Avtalet avser hade tagits i bruk i april 2024 talar emot att en kortare leveranstid var absolut nödvändig.
43. Kommunen ska ha infört fastighetsnära insamling senast den 1 januari 2027. Direktupphandlingen gjordes i mitten av 2023. Det fanns inget tekniskt skäl som krävde att Avtalet direktupphandlades tre och ett halvt år innan tidsfristen löper ut. Kommunens farhåga att den kunde komma att stå utan kärl på grund av hög efterfrågan är varken underbyggt med något konkret underlag eller ett sådant tekniskt skäl som avses i det aktuella undantaget.
44. Kommunen har också uppgett att den i dag har olika tekniska lösningar för avfallsinsamling. Detta talar emot att det saknades rimliga alternativ och att det skulle vara förenat med oproportionerliga tekniska svårigheter att ha ett alternativt system för avfallsinsamling.
45. Sammanfattningsvis har kommunen inte visat att det saknades konkurrens om Avtalet av tekniska skäl eller att det saknades rimliga alternativ. Undantaget för tekniska skäl fick därför inte användas för att direktupphandla Avtalet.

¹¹ Se EU-domstolens dom den 15 oktober 2009, kommissionen mot Tyskland, C-275/08, EU:C:2009:632, p. 61–63.

¹² Se skäl 50, andra stycket, till LOU-direktivet (2014/24/EU).

¹³ Kommunen har under utredningen gett in dokument som visar olika tillverkares produktsortiment. Dessa dokument visar inte att tillverkarna saknade möjlighet att ta fram och/eller tillhandahålla fyrfackskärl.

Undantaget för ensamrätt

46. En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas bara kan tillhandahållas av en viss leverantör eftersom det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör (6 kap. 14 § första stycket 3 LOU).
47. En direktupphandling på grund av ensamrätt förutsätter, precis som en direktupphandling av tekniska skäl, att det inte finns något rimligt alternativ och att avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen (6 kap. 14 § andra stycket LOU).
48. Undantaget ska tolkas restriktivt och det är kommunen som ska visa att alla villkor för att använda undantaget är uppfyllda.¹⁴
49. Undantaget kan inte användas om flera leverantörer inom EU kan tillhandahålla upphandlingsföremålet eller rimliga alternativ med en jämförbar funktion.¹⁵
50. Kommunen har påstått att Leverantören hade en faktisk ensamrätt att nyttja sitt moderbolags immaterialrätter till delar av fyrfackskärnen. Påståendet är inte underbyggt med någon bevisning och kan inte utan vidare godtas. Enligt kommunen har ett annat bolag i Leverantörens koncern levererat fyrfackskärl i Danmark. Detta talar emot kommunens påstående.
51. Utredningen och kommunens marknadsanalys ger inte stöd för att det saknades konkurrens om avtalet på grund av en ensamrätt. Både kommunen och en konkurrent till Leverantören har förklarat att andra leverantörer hade kunnat ta fram fyrfackskärl eller andra tekniska lösningar (se punkt 41 ovan). Kommunen har därmed inte visat att fyrfackskärl bara kunde tillhandahållas av Leverantören på grund av en ensamrätt och att det saknades rimliga alternativ med en jämförbar funktion.
52. Sammanfattningsvis har kommunen inte visat att fyrfackskärnen bara kunde tillhandahållas av Leverantören på grund av en ensamrätt eller att det saknades rimliga alternativ, såsom andra tekniska lösningar. Undantaget för ensamrätt fick därför inte användas för att direktupphandla Avtalet.

¹⁴ Se skäl 50 till LOU-direktivet (2014/24/EU) och EU-domstolens domar den 10 mars 1987, kommissionen mot Italien, mål 199/85, EU:C:1987:115, p. 14 och den 3 maj 1994, kommissionen mot Spanien, C-328/92, EU:C:1994:178, p. 15–16.

¹⁵ Jfr EU-domstolens dom den 15 oktober 2009, kommissionen mot Tyskland, C-275/08, EU:C:2009:632, p. 61–63 samt se skäl 50, andra stycket, till LOU-direktivet (2014/24/EU).



Undantaget för kompletterande leveranser

53. En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling av varor om kontraktet gäller kompletterande leveranser från den ursprungliga varuleverantören; leveransen syftar till att antingen delvis ersätta varuleveranser eller till att utöka befintliga varuleveranser; och ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll (6 kap. 17 § LOU första stycket 2 LOU).
54. Undantaget ska tolkas restriktivt.¹⁶ Kommunen har bevisbördan för att undantaget fick användas.¹⁷
55. Undantaget omfattar inte rena nyanskaffningar, det vill säga anskaffningar som varken ersätter en varuleverans eller utökar en befintlig leverans.¹⁸
56. Kommunen har anfört att Avtalet avsåg en kompletterande leverans från Leverantören. Det tidigare avtalet mellan kommunen och Leverantören löpte dock ut i februari 2021, cirka två och ett halvt år innan Avtalet ingicks. Avtalet syftade därmed inte till att utöka *befintliga* varuleveranser. Avtalet syftade inte heller till att delvis *ersätta* tidigare varuleveranser. Avtalet avser i stället en ren nyanskaffning av fyrfackskärl.
57. Kommunen har inte visat att andra aktörer saknade möjlighet att ta fram fyrfackskärl eller andra tekniska lösningar. Kommunen har dessutom i dag olika system för avfallsinsamling. Kommunen har därför inte heller visat att ett byte av leverantör skulle medföra att kommunen tvingades anskaffa varor som var tekniskt oförenliga eller att det skulle leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll.
58. Undantaget för kompletterande leveranser fick därmed inte användas för att direktupphandla Avtalet.

Sammanfattning

59. Kommunen har direktupphandlat Avtalet trots att inget undantag från annonseringskravet var tillämpligt. Upphandlingen av Avtalet var därmed en otillåten direktupphandling.

¹⁶ Jfr EU-domstolens dom den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, p. 46.

¹⁷ Se prop. 2001/02:142 s. 99 samt Kammarrätten i Sundsvalls dom den 1 februari 2012 i mål nr 2691-11 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 31 oktober 2011 i mål nr 5532-11.

¹⁸ Se Kammarrätten i Sundsvalls dom den 1 februari 2012 i mål nr 2691-11.



Upphandlingsskadeavgift

60. Vid en otillåten direktupphandling får förvaltningsrätten efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LOU).
61. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande.¹⁹ Avgiften syftar till att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.²⁰
62. Den upphandlande myndigheten måste inte ha agerat uppsåtligt eller oaktsamt för att en avgift ska dömas ut.²¹ Bristande kännedom om rättslaget eller misstag om lagstiftningens innehåll ursäktar inte en överträdelse.²²
63. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst tio tusen kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde (21 kap. 4 § LOU).
64. Avgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte.²³ Särskild hänsyn ska tas till hur allvarlig överträdelsen är, det vill säga överträdelsens sanktionsvärde.²⁴ Ju allvarligare överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.²⁵ Någon avgift ska inte beslutas i ringa fall och avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § LOU).
65. Av förarbetena framgår följande om sanktionsvärdet.²⁶ Både försvårande och förmildrande omständigheter ska beaktas. Det bör vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör till exempel påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Sanktionsvärdet kan anses vara högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör också beaktas. Upprepade otillåtna direktupphandlingar bör till exempel ses som försvårande. Om den upphandlande myndigheten har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan det i vissa fall ses som förmildrande.

¹⁹ Se skäl 13 och artikel 2e.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet) samt prop. 2009/10:180 s. 197 och prop. 2023/24:3 s. 49.

²⁰ Se prop. 2009/10:180 s. 196 och prop. 2023/24:3 s. 45.

²¹ Se prop. 2009/10:180 s. 192 och 368 samt prop. 2023/24:3 s. 36.

²² Se prop. 2009/10:180 s. 368.

²³ Se prop. 2009/10:180 s. 369 och prop. 2023/24:3 s. 49 f. Se även HFD 2014 ref. 69.

²⁴ Se prop. 2009/10:180 s. 196 och 370 samt prop. 2023/24:3 s. 50.

²⁵ Se HFD 2014 ref. 69 och prop. 2023/24:3 s. 29 och 74.

²⁶ Se prop. 2009/10:180 s. 197 f. och 369 f.



66. Värdet på upphandlingen av Avtalet är 3 500 000 kronor. Avgiften kan därför bestämmas till högst 350 000 kronor.
67. En otillåten direktupphandling är en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingslagstiftningen.²⁷ Sanktionsvärdet för kommunens överträdelse är därför som utgångspunkt högt.²⁸
68. Konkurrensverket anser inte att det finns några förmildrande eller försvärande omständigheter som ytterligare påverkar sanktionsvärdet.
69. Enligt kommunen finns dock flera förmildrande omständigheter. Kommunen har angett att överträdelserna inte är klar och att rättsläget är oklart i fråga om tillämpningen av undantagen som kommunen har åberopat. Enligt kommunen har den frivilliga förhandsinsynen genomförts på goda grunder utifrån genomförd marknadsanalys och omvärldsbevakning. Om det är fråga om en överträdelse så ligger den, enligt kommunen, nära det tillåtna och det har inte kommit fram att någon leverantör har lidit skada. Kommunen har också angett att kontraktswärdet är lågt och lägre än upphandlingsvärdet samt att det är fråga om ett enstaka köp och inte ett långvarigt avtal. Enligt kommunen säkerställer Avtalet även en samhällsviktig tjänst.
70. Konkurrensverket anser att kommunens överträdelse är klar. Rättsläget är inte oklart gällande tillämpningen av något av de åberopade undantagen. Kommunens överträdelse ligger inte nära ett tillåtet agerande.
71. Kommunens otillåtna direktupphandling innebär i sig risk för att konkurrensen har begränsats och att någon leverantör har lidit skada. LOU och upphandlingsskadeavgiften syftar till att motverka just detta.²⁹ Det är därför inte förmildrande att det inte har framkommit att någon specifik leverantör har lidit skada.
72. Kommunens frivilliga förhandsinsyn är inte förmildrande. Kommunen saknade klart grund för att direktupphandla Avtalet. Avsaknaden av invändningar efter förhandsinsynen betyder inte att det saknades konkurrens om Avtalet eller att ingen leverantör har lidit skada.³⁰ Kommunen följde dessutom inte avtalsspärren efter att meddelandet hade publicerats (20 kap. 3 § LOU).³¹ Den frivilliga förhandsinsynen genomfördes alltså inte korrekt.

²⁷ Se skäl 13 till ändringsdirektivet (2007/667/EG), prop. 2009/10:180 s. 197 och prop. 2023/24:3 s. 52 f.

²⁸ Se prop. 2009/10:180 s. 197. Jfr även HFD 2014 ref. 69 samt Kammarrätten i Göteborgs domar den 5 december 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

²⁹ Se skäl 1 och 2 till LOU-direktivet (2014/24/EU) samt prop. 2009/10:180 s. 196 och prop. 2023/24:3 s 45.

³⁰ Det kan finnas flera anledningar till att konkurrenter inte ansöker om överprövning av en annonserad direkttilldelning. En frivillig förhandsinsyn annonseras under en förhållandevis kort period (tio dagar) och det är ofta förenat med kostnader för leverantörer att överpröva frivilliga förhandsinsyner, särskilt om ombud anlitas.

³¹ Meddelandet publicerades den 5 juni 2023. Kommunen ingick Avtalet åtta dagar senare, den 13 juni 2023.



73. Kommunen avsåg att direktupphandla Avtalet till upphandlingens värde. Kommunens överträdelse avsåg därmed en otillåten direktupphandling med det värdet. Överträdelsens sanktionsvärde ska därför sättas i relation till upphandlingens värde och inte kontraktsvärdet. Sanktionsvärdet är alltså inte lägre för att kontraktsvärdet blev lägre än upphandlingens värde.³² Kontraktsvärdet är inte heller lågt, utan i sig långt över tröskelvärdet.
74. Kommunen har haft en strikt skyldighet att följa LOU. Detta gäller oavsett upphandlingens karaktär och föremål. Sanktionsvärdet hade därför inte varit lägre även om Avtalet säkerställde en samhällsviktig tjänst. Av samma skäl är det inte heller förmildrande att Avtalet avser ett enstaka köp och att Avtalet inte är långvarigt.³³
75. Vid en sammantagen bedömning anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 250 000 kronor är en proportionerlig sanktion för överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman
Chefsjurist

Erik Sollenberg
Processråd

³² Jfr HFD 2014 ref. 69, där kammarrätten ansåg att förekomsten av ett avvecklingsavtal, som innebar att ett otillåtet direktupphandlat avtal avslutades i förtid och att det faktiska kontraktsvärdet blev lägre än upphandlingens värde, inte var förmildrande. Högsta förvaltningsdomstolen gjorde samma bedömning.

³³ Avsaknaden av försvårande omständigheter är inte förmildrande. Det kan vara försvårande att en otillåten direktupphandling avser ett avtal med lång avtalstid, se prop. 2009/10:180 s. 197–198. Detta ska inte tolkas motsatsvis på så sätt att det skulle vara förmildrande att en otillåten direktupphandling avser ett avtal med kort avtalstid.



Bilagor

Bilaga 1 Meddelande om frivillig förhandsinsyn

Bilaga 2 Beställning

Bilaga 3 Ordererkännande

Bilaga 4 Mejl från Leverantörens konkurrent